

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet

Montero, Etienne

Published in:
Ubiquité

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2000, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet', *Ubiquité*, Numéro 5, p. 99-117.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*

Étienne Montero**

Résumé

La question des responsabilités sur les réseaux de communication fait actuellement l'objet de vives discussions. Si la responsabilité des producteurs et éditeurs de contenus ne fait pas de difficulté, le principe de la responsabilité des prestataires intermédiaires, qui se bornent à transmettre ou héberger des informations émanant de tiers, soulève en revanche de persistantes interrogations. Diverses affaires, fortement médiatisées, ont été portées en justice, çà et là autour de la planète, et ont donné lieu à des décisions largement commentées. Elles témoignent de l'intérêt de définir des critères précis, et si possible uniformes, susceptibles de guider les juges dans leur appréciation. La proposition de directive européenne sur le commerce électronique, en sa section 4, consacre quatre dispositions au problème de la responsabilité des prestataires intermédiaires. Le présent article entend présenter, et analyser de manière critique, ces dispositions, en les contrastant avec certaines solutions jurisprudentielles en la matière.

Abstract

A particularly topical issue giving rise to a lot of sharp discussions is the question of liability in communication networks. If those discussions do not concern the liability of content editors or producers, there are persistent queries about the principle of liability of intermediary service providers, i.e. those restricting their services to the transmission or hosting of information coming from a third party. Various cases – turned into media events – were taken to courts all around the world giving rise to amply commented decisions. It shows the interest in defining precise criteria permitting to guide the judges in their decisions. The common position with a view to the adoption of a European Directive on electronic commerce, in its section 4, spares four articles to the problem of liability of intermediary service providers. This paper aims at presenting, analysing and criticising the provisions of these articles, contrasting them with some court decisions in this field.

En tant qu'outil de communication aux mains des hommes, l'Internet sert pour le meilleur et pour le pire. Il favorise les échanges entre personnes géographiquement éloignées, permet une diffusion des connaissances à grande échelle et, plus récemment, ouvre les frontières au commerce en ligne. À condition de veiller à la qualité des contenus, il offre de réelles possibilités d'épanouissement pour les individus, mais il permet aussi à la malice humaine de s'exprimer dans des formes nouvelles et de donner à ses méfaits une portée planétaire. Nul ne

s'en étonnera : depuis que l'humanité existe, toutes les inventions et avancées technologiques entraînent leur lot de comportements répréhensibles. Bref, l'Internet peut être source de préjudices (économiques, moraux, voire corporels) liés à la diffusion de contenus illicites, lacunaires ou non conformes à l'attente légitime des usagers. Se trouve ainsi posée, de façon récurrente, la question de la responsabilité, pénale et civile, non seulement des producteurs et éditeurs de pareils contenus, mais aussi des intermédiaires, dont le rôle est soit de rendre ceux-ci accessi-

* Cet article était déjà sous presse lorsque, le 4 mai 2000, la directive sur le commerce électronique a été adoptée, en deuxième lecture, par le Parlement européen. Néanmoins, le texte définitif est inchangé par rapport à la position commune commentée ici.

** Professeur, membre du CRID, FUNDP, Namur.

bles, soit d'en assurer l'hébergement ou le transport à distance. Or, la dimension mondiale de l'Internet rend souvent malaisée l'identification des auteurs de messages préjudiciables. En outre, ces derniers ont pu œuvrer à partir de l'étranger, alors que fournisseurs d'accès et d'hébergement, notamment, sont plus proches et à la portée de la victime. Ces circonstances expliquent que l'attention se soit naturellement focalisée sur les prestataires intermédiaires. À cet égard, le débat porte essentiellement sur la possibilité technique, la faisabilité économique et l'opportunité du contrôle et, au besoin, du filtrage des contenus diffusés par leurs soins.

Dans une proposition de directive «relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur», qui est sur le point d'être adoptée, le législateur européen entend trancher les controverses apparues sur ces questions¹.

La section 4 de l'imminente directive poursuit divers objectifs en rapport avec la responsabilité des prestataires intermédiaires (voir le considérant n° 40). Elle vise à rapprocher les législations et les jurisprudences des États

membres en ce domaine, de manière à réduire les distorsions de concurrence susceptibles de gêner le développement des services transfrontaliers et à assurer ainsi un meilleur fonctionnement du marché intérieur. Elle prévoit que, dans des cas spécifiques, les prestataires intermédiaires aient le devoir d'agir pour éviter des activités illégales ou pour y mettre fin. Elle entend constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible. Enfin, il est à noter que la directive ne devrait pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification, ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques, dans le respect des limites établies par les directives concernant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel².

Notre propos est d'analyser les futures dispositions appelées à régir la responsabilité des prestataires intermédiaires et de procéder à une première évaluation des solutions retenues.

Le système de responsabilité de la section 4 : présentation

1.1. Le domaine d'application

La section 4 s'inspire indubitablement de la législation américaine relative au droit d'auteur dans l'environnement numérique — le *Digital Millenium Copyright Act* adopté le 28 octobre 1998 aux fins de ratifier les deux traités de l'OMPI du 20 décembre 1996³.

Comme l'indique son intitulé, la section 4 traite exclusivement de la responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux de communication. Le rôle d'intermédiaire se caractérise par le fait que les informations sont non seulement fournies par les destinataires du service, mais aussi transmises ou stockées à la demande de ces derniers. Par «destinataire du service», il faut entendre la personne qui rend l'information accessible en ligne, et/ou celle qui y accède, à titre privé ou professionnel.

Dans la proposition de la Commission européenne, comme dans la loi américaine, les régimes (d'exonération) de responsabilité diffèrent, plus précisément, selon l'activité exercée, et non en fonction du type d'opérateur⁴. Cette distinction est capitale et constitue une clé d'interprétation décisive de certaines solutions suggérées dans la suite de l'exposé. En effet, une activité de nature apparemment technique, ou présentée comme telle, peut être «disqualifiée» en activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné

ou de certains engagements contractuels souscrits par lui. En ce cas, pour cette activité, ce dernier sera soumis au droit commun de la responsabilité et ne pourra bénéficier d'un régime favorable prévu à la section 4. Nous aurons l'occasion d'illustrer ce propos plus loin (*infra*, 3.2).

Autrement dit, seules certaines activités exercées par les intermédiaires techniques sont couvertes par les exonérations de responsabilité des articles 12 à 15. Il s'agit des activités de transport, de fourniture d'accès aux réseaux, de stockage temporaire sous forme de «cache» (*infra*, 2.3) et d'hébergement. Les activités de production et d'édition sur les réseaux, quant à elles, ne sont pas visées par ces dispositions. Elles ressortissent donc au droit commun de la responsabilité. Il en est de même, semble-t-il, pour les activités relatives aux moteurs de recherche et à l'établissement de liens hypertextes (à ce propos, voir l'art. 21, 2).

Contrairement à la loi américaine, dont le domaine d'application est limité au *copyright* et à la contrefaçon, à l'exclusion des autres activités illicites, la section 4 vise, de manière horizontale, tous les types de contenus illicites. Aussi le système de responsabilité a-t-il vocation de s'appliquer en matière de concurrence déloyale, de contrefaçon d'œuvres protégées par des droits intellectuels, de publicité trompeuse, d'atteinte à la vie privée, de diffamation, etc.

1. Cette proposition de directive en est actuellement au stade de la Position commune, arrêtée par le Conseil de l'Union européenne le 28 février 2000, et à laquelle nous nous référerons dans cette étude. Ce texte, ainsi que toutes les versions antérieures, est disponible sur le site de la Commission européenne : (<http://www.europa.eu.int/comm/internalmarket/fr/media/elecomm/index.htm>).

2. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., L 281 du 23 novembre 1995 et directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E., L 30 janvier 1998, p. 24.

3. Pour une comparaison des deux textes, V. SEDALLIAN, «La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique», *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, 1999, pp. 1-4.

4. Lire le très explicite considérant n° 42.

Enfin, les règles établies dans la section 4 concernent tant la responsabilité pénale que civile, mais sont en principe sans incidence sur les actions en cessation et en référé (les plus fréquentes à ce jour sur ces questions). Dans la majorité des cas, l'on aura affaire, en matière civile, à une responsabilité extracontractuelle à l'égard de tiers, du chef de contenus leur

portant préjudice : informations diffamatoires ou attentatoires à la vie privée, contrefaçon de droits intellectuels, actes de concurrence déloyale ou parasitaire... Mais, comme on le verra, il n'est pas exclu qu'en une série d'hypothèses, la responsabilité d'un prestataire puisse être engagée, sur le terrain contractuel, à l'égard d'un abonné au service.

1.2. La nature du régime de responsabilité institué

Le législateur européen n'a pas opté pour l'instauration d'un régime spécifique d'imputation préalable et hiérarchique – communément désigné sous le nom de « responsabilité en cascade » –, en dépit du plaidoyer fait en ce sens par plusieurs auteurs⁵. Cette solution nous paraît heureuse pour de multiples motifs déjà exprimés ailleurs⁶. En substance, on doute que le régime de responsabilité en cascade institué, dans de nombreux États⁷, en matière de presse (écrite et/ou audiovisuelle), soit applicable aux réseaux de communication numériques. Plusieurs objections se présentent à l'esprit. Ce système de responsabilité, forgé à une autre époque et dans un autre contexte paraît techniquement mal adapté au vecteur d'information numérique⁸. D'abord, la chaîne des intervenants n'est pas identique. Les termes « imprimeur » et « distributeur »,

en particulier, ne sont pas aisément transposables au domaine des informations disponibles sur les réseaux numériques. Ensuite, la distinction entre l'auteur et l'éditeur – essentielle dans les systèmes de responsabilité en cascade – ne se retrouve pas toujours comme telle dans le contexte qui nous occupe. Quant au prestataire d'hébergement, à l'opérateur de réseau, voire au fournisseur d'accès à Internet, qui jouent un rôle essentiel dans la diffusion de l'information en ligne, quelle serait leur place dans la cascade ? En sont-ils exclus ?

En outre, on s'éloignerait de l'esprit de la règle qui est de protéger de manière particulière un mode d'expression plus fragile que d'autres parce que « tributaire d'une chaîne d'activités matérielles qui en conditionnent l'exercice »⁹. Or ici, les auteurs-

produiseurs peuvent aisément se passer du concours d'auxiliaires, en se chargeant eux-mêmes de la diffusion sur les réseaux¹⁰. Plus fondamentalement, faut-il souligner combien le régime de responsabilité en cascade est aujourd'hui contestable et contesté¹¹ ? Aussi serait-il paradoxal de prôner son extension aux réseaux.

Quant à la suggestion formulée par certains de créer de *lege ferenda* un régime de responsabilité en cascade spécifique pour l'Internet, elle ne nous paraît pas non plus opportune. Pour faire bref, il nous semble qu'un système visant à la désignation préalable et automatique des responsables, même par défaut, cadre mal avec un environnement ouvert comme Internet, où les rôles sont peu définis, volatiles et les liens existants entre les acteurs parfois éphémères et peu transparents, au contraire des domaines tels l'audiovisuel ou la presse écrite.

En refusant de s'engager dans cette voie, la Commission européenne a donc fait un choix judicieux à nos yeux.

1.3. L'économie générale du dispositif

À notre avis, la proposition de directive, en sa dernière mouture, est parvenue à trouver un bon équilibre entre les différents intérêts en jeu. À juste titre, elle opère une distinction fondamentale entre les activités dites de « simple transport », largement exonérée, et les autres activités intermé-

diaires (l'hébergement et le stockage sous forme de cache), soumises, elles, à une responsabilité limitée.

Les régimes institués vont de l'exonération quasi totale à la responsabilité limitée. En effet, l'activité de simple transport (*mere conduit*) est pratiquement exonérée de toute responsabilité. En revanche, pour l'hébergement et le stockage sous forme de « cache », la responsabilité du prestataire peut être recherchée, à certaines conditions précisées. Ce faisant, on peut penser que le législateur ne crée pas vraiment un régime spécial, dérogatoire au droit commun, mais se borne à lever les hésitations – porteuses de distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne¹² – concernant le rôle et la diligence due par les intermédiaires techniques de l'Internet. Le législateur européen ne fait que circonscrire le devoir général de prudence et de diligence à charge des prestataires intermédiaires, en fixant un critère raisonnable destiné à guider le juge dans son appréciation.

L'absence d'obligation générale de surveillance à charge des prestataires est un autre principe essentiel que nous ne pouvons qu'approuver. Plus

5. Par exemple, F. OLIVER et E. BARBRY, « Des réseaux aux autoroutes de l'information : révolution technique ? Révolution juridique ? 2. Du contenu informationnel sur les réseaux », *J.C.P.*, G, 1996, I, 3928, p. 185, n° 43 ; D. VOORHOOF, « De regel van de getrapte verantwoordelijkheid : van de 19de naar de 21ste eeuw ? », *Recente Arresten van het Hof van Cassatie*, 1996, pp. 387 et s.
6. Cf., en particulier, E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », dans *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 95 et s. ; *Idem*, « Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexactes sur Internet » in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Kluwer, 1997, spéc. pp. 127 et s.
7. En droit belge, ce régime est consacré, en matière de presse écrite, par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Pour rappel, un arrêt de la Cour de cassation en date du 31 mai 1996 a réaffirmé, en des termes particulièrement nets, que la responsabilité en cascade prévue par cette disposition s'applique non seulement à l'action publique, mais aussi à l'action civile en réparation. Cf. Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597, avec les concl. conf. de M. l'avocat général Leclercq.
8. On relève, pour mémoire, que la Cour de cassation de Belgique reste partisans de l'exclusion de la radio et de la télévision du bénéfice des dispositions constitutionnelles relatives à la presse. Cf. Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482. Le terme « drukpers » (presse imprimée) retenu, en 1967, pour le texte néerlandais de la Constitution, confirme cette interprétation.
9. F. DELPÉRE, « Questions et réponses sur le statut de la R.T.B.F. », *Études de radio-télévision*, n° 27, mai 1980, p. 46, cité par J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *Ann. Dr. Louvain*, 1980, p. 223.

10. Si l'information peut être facilement mise en ligne sur les réseaux, il est vrai, néanmoins, qu'elle ne sera susceptible d'atteindre son public cible que grâce à des auxiliaires qui en assurent le référencement dans les moteurs de recherche consultés par les internautes. Cependant, en pratique, ces auxiliaires ne refusent jamais de prêter leur concours aux producteurs de contenus dès lors que leur activité est entièrement automatisée et qu'ils ne s'exposent pas, pour l'heure, à une mise en cause de leur responsabilité.
11. Voy., par exemple, F. JONGEN, obs. sous Cass., 31 mai 1996, *A.&M.*, 1996, p. 363 ; *Idem*, « La responsabilité pénale et civile de la presse », *Journ. proc.*, n° 196, 1991, p. 11 ; M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », *Journ. proc.*, n° 169, 1990, p. 35 et s. ; B. DEJEMPE, « Indécisions judiciaires, urgences législatives », in *Justice et Médias*, Actes du colloque organisé par la Commission 'Justice' du Sénat les 7, 8 et 9 décembre 1995, p. 248.
12. À ce propos, voy. le considérant n° 40.

précisément, l'article 15; l invite les États membres à n'imposer aux prestataires, pour la fourniture des services de «simple transport», de stockage sous forme de «cache» et d'hébergement, aucune obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de recherche active des faits ou circonstances indiquant des activités illicites. Les prestataires intermédiaires se trouvent ainsi dispensés d'effectuer des contrôles *a priori* systématiques, techniquement malaisés, aléatoires quant à leur efficacité, difficilement supportables économiquement et toujours susceptibles de dégénérer vers des formes de censure préventive non souhaitée. Sans compter le risque de glissement vers une objectivation de la responsabilité tant est grande la tentation pour les juges, en présence d'une information illicite, de supposer l'insuffisance du contrôle et d'en déduire une faute dans le chef de l'intermédiaire mis en cause.

En même temps, et c'est un autre motif de satisfaction, la proposition de directive ne manque pas d'imposer aux prestataires le devoir de se comporter de manière responsable et de faire diligence dès l'instant où ils ont connaissance d'infractions. Le système préconisé ne peut s'analyser honnêtement comme un encouragement à la passivité, au «laisser-faire» et à l'insouciance.

En effet, en toute hypothèse, les «autorités nationales» peuvent enjoindre

aux prestataires intermédiaires d'effectuer une surveillance et des contrôles dans des «cas spécifiques». Ainsi une juridiction ou une autorité administrative peut exiger qu'ils fassent cesser une violation, ou opèrent des contrôles ciblés – tel ou tel site spécifié – et temporaires, de manière à prévenir une activité déterminée supposée illicite (art. 12, 3 ; 13, 2 ; 14, 3 et considérant n° 47).

Par ailleurs, les États membres pourront prévoir des mécanismes de notification et de retrait destinés à faciliter la suppression rapide et efficace des contenus illicites sur les réseaux (voir notamment l'art. 14, 3). Pratiquement, en ce qui concerne la notification, les États pourront disposer du fait que les prestataires intermédiaires soient tenus d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités judiciaires compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leur service avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement (art. 15, 2).

Enfin, il convient de préciser que les régimes de responsabilité de la section 4 n'excluent, en aucune hypothèse, une éventuelle action en cessation à des fins de retrait ou de blocage d'informations illicites (considérant n° 45).

2.1. L'activité de «simple transport»

L'article 12 prévoit une exonération de responsabilité pour les activités de simple transport de l'information et de fourniture d'un accès au réseau de communication, «à condition que le prestataire ne soit pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission, et ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission».

Les activités visées ici englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission (art. 12, 2). Autrement dit, est couvert par l'exonération le stockage furtif réalisé au cours et pour les besoins de la transmission, à ne pas confondre avec le stockage effectué à la demande et pour le compte d'un destinataire du service (art. 14), ni avec le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de copies d'informations (sur des sites dits «miroirs») aux seules fins de faciliter les consultations ultérieures (*system caching* visé à l'art. 13).

L'article 12 relatif aux services de transport et d'accès au réseau, à lire

en combinaison avec l'article 15, consacre la thèse de la neutralité des prestataires concernés. Si ces derniers se limitent respectivement à l'activité de transport ou d'offre d'un accès au réseau, entendue *stricto sensu*¹³, ils ne peuvent engager leur responsabilité du chef d'information illicite ou non conforme. Ces activités ne comportent aucune obligation générale de surveillance des informations circulant sur le réseau, ni aucune obligation de recherche active et systématique d'indices d'activités illicites, ni aucune obligation particulière de mettre en place des dispositifs de filtrage ou de faire diligence pour supprimer des informations renseignées comme illicites ou pour bloquer l'accès à des sites contraires à l'ordre public, ni aucune obligation de sensibilisation ou d'information des abonnés...

On peut affirmer que le projet exonère de toute responsabilité les opérateurs de réseau et fournisseurs d'accès agissant *qualitate qua*. Sans préjudice des possibilités d'action au provisoire, visées par le considérant n° 45, leur responsabilité ne peut être mise en cause, ni au pénal, ni au civil, alors même, par exemple, qu'ayant connaissance de la présence d'informations illicites sur le réseau et ayant prise sur ces dernières, ils s'abstiennent d'intervenir¹⁴. L'exonération pour

13. Cf. les conditions a), b) et c) de l'article 12 § 1^{er} et le second paragraphe de l'article 12.

14. À titre d'illustration, voy. Tribunal d'instance (Amtsgericht) de Munich, 28 mai 1998, 8340 Ds 465; Js 173158/95; Bulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 105, juillet 1998, p. 22 et le commentaire de R. VOGEL et S. DELAHAYE, «La décision allemande 'Compuserve' : la première condamnation d'un fournisseur d'accès à l'Internet», in Cahiers-Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 106, août-septembre 1998, p. 4. Ce jugement a été réformé en appel par la Landgericht de Munich, 8 décembre 1999, qui a acquitté le directeur de Compuserve (Allemagne), condamné à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis en premier ressort pour avoir facilité l'accès à des news groups à contenu pédophile hébergés aux États-Unis par Compuserve Inc.

le « simple transport » suppose que le prestataire n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise (considérant n° 43) ; elle ne bénéficie pas au prestataire qui collabore *délibérément* avec l'un des destinataires de son service (considérant n° 44). Cette solution procède manifestement d'un souci de prévenir toute forme de contrôle et de censure de leur part : les opérateurs de réseaux et fournisseurs d'accès se doivent d'être neutres à l'égard des contenus diffusés et de n'interférer en aucune manière. L'écart par rapport au droit commun est notable car on imagine sans difficulté des hypothèses où une responsabilité aurait pu être retenue par application des critères usuels. Toutefois, un bémol doit être apporté à ces considérations depuis l'insertion de l'article 12, 3, déjà évoqué, dans la dernière mouture du texte de la proposition de directive (position commune). Ce récent ajout nous paraît bien opportun, pourvu que prévaille une interprétation stricte de la finale de cette disposition (« ou qu'il prévienne une violation »), qui suggère la possibilité d'imposer une obligation de contrôle *a priori*, dont les contours restent flous. Sous peine de contredire l'économie générale de l'exonération pour l'activité de « simple transport », déduite de la combinaison des articles 12, 1 et 15, nous sommes d'avis que seuls pourraient être imposés des contrôles ciblés et temporaires de sites ou groupes de discussions dûment identifiés.

En ce qui concerne l'opérateur de réseau, on ne conçoit pas, en pratique, que sa responsabilité puisse être mise en cause, sur un plan contractuel, à raison des contenus véhiculés par ses soins. Le contrat conclu avec les abonnés vise seulement à régler les modalités de l'accès au réseau et du transport des données ; son objet est étranger au bon fonctionnement et au contenu des services – de transaction

ou d'information – disponibles sur le réseau. Sa fonction étant limitée à celle d'un transporteur, il ne supporte aucune obligation contractuelle relative au contenu.

Un même raisonnement peut-il être tenu dans le cas du fournisseur d'accès ? Question fort controversée, que prétend justement trancher la proposition de directive européenne.

En principe, le fournisseur d'accès n'est pas contractuellement responsable du contenu des informations et services auxquels il permet d'accéder. Sa responsabilité ne peut être engagée sur le terrain contractuel qu'en cas de dysfonctionnement des serveurs, routeurs et autres éléments dont il a la maîtrise. Les contrats prévoient généralement une exonération rédigée par exemple comme suit.

« L'abonné reconnaît que [le FAI] ne peut exercer aucun contrôle sur le contenu des informations qui arrivent sur le réseau [du FAI] ou qui sont envoyées à partir du même réseau et exonère [le FAI] de sa responsabilité pour n'importe quelle transmission ou réception d'information de quelque nature que ce soit ».

« [Le FAI] ne saurait être tenu pour responsable d'aucun contenu informationnel parcourant son réseau, en dehors de son serveur Web ou des messages émis par les membres de son personnel ».

Dans ces conditions, il est peu vraisemblable que la responsabilité du fournisseur d'accès puisse être mise en jeu sur le plan contractuel. Elle peut l'être théoriquement sur un plan extra-contractuel, dans les conditions de l'article 12. Cependant, celles-ci sont si strictes qu'on peut tenir que la voie extracontractuelle est, elle aussi, pratiquement verrouillée. Il n'est donc pas

exagéré de considérer que l'on a affaire, en pratique, à une véritable immunité pour l'activité de « simple trans-

2.2. L'activité d'hébergement

La fonction d'hébergement concerne le stockage et le traitement d'informations à la demande du destinataire du service sur le système du prestataire. Aux termes de l'article 14, aucune responsabilité ne peut être engagée pour cette activité, « à condition que :

— le prestataire n'ait pas effective-ment connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, [s'agissant des actions en responsabilité civile], n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente (sic) ; ou

— le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

L'article 14, loin d'instituer une exonération totale au profit du prestataire d'un service d'hébergement, se contente de limiter les causes de responsabilité. Ce faisant, il ne fait que préciser « à la baisse » la diligence due par ce prestataire, suivant un critère relativement raisonnable.

Il résulte de la combinaison des articles 14 et 15 de la proposition de directive que la responsabilité du prestataire d'hébergement ne peut être engagée que s'il a une connaissance effective d'activités illicites et n'agit pas promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Apparemment, aucune autre obligation n'est mise à charge du prestataire d'hébergement : ni obligation générale de surveillance, ni obligation d'effectuer un minimum de coups de sonde, ni obligation de met-

tre en place des procédures de sécurité ou de filtrage, ni obligation de conseil particulière...

Cependant cette interprétation paraît incertaine à la lecture du considérant n° 48, libellé comme suit : « La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les états membres d'exiger des prestataires de services, qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services, qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites ». Par sa rédaction floue et imprécise, ce considérant sème une certaine confusion. En paraissant ouvrir la voie à l'instauration légale de contrôles *a priori*, nous pensons qu'il met à mal l'économie générale du régime institué par les articles 14 et 15. Aussi regrettons-nous l'introduction soudaine de ce considérant au stade de la position commune – à moins qu'il laisse aux États tout au plus la latitude de prévoir à charge des prestataires d'hébergement des obligations de conseil ou de sécurité.

À défaut de précisions supplémentaires, cette dernière éventualité porte en germe un risque de glissement vers la généralisation d'un contrôle *a priori*, d'une censure élargie, d'une part, et vers une objectivation de la responsabilité des hébergeurs, d'autre part. En effet, pour éviter la mise en cause de leur responsabilité, ces derniers seront portés, en cas de doute, à supprimer les contenus apparemment illicites. Par

ailleurs, en présence d'un contenu illicite non détecté, grande sera la tentation des cours et tribunaux de «présumer», le cas échéant, une faute dans le chef du prestataire : placement d'un filtre inefficace, recours à une technologie obsolète, choix contestable des mots clés retenus... Dès l'instant où la faute est «supposée», plus que démontrée sur la base d'une appréciation effective du comportement du défendeur, force est d'admettre que la responsabilité s'objectivise.

Par ailleurs, on rappelle que la proposition de directive réserve la faculté pour les États membres : 1° de prévoir qu'un tribunal ou une autorité administrative puisse exiger du prestataire de service qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation, et 2° de mettre en place des procédures visant à retirer ces informations ou à rendre l'accès à celles-ci impossible (art. 14, 3).

Nous déplorons l'ambiguïté de l'expression «ou qu'il prévienne une violation». En effet, celle-ci donne à penser qu'un État pourrait prévoir qu'un tribunal ou une autorité administrative puisse imposer des obligations de surveillance et de contrôle. Il est permis de s'interroger sur la portée et l'étendue de pareille obligation. Sauf à contredire l'article 15, 1, cette obligation ne pourra être conçue,

selon nous, que de manière relativement étroite (comp. *supra*, 2.1).

Plus fondamentalement, le critère de responsabilité formulé par l'article 14 risque de susciter quelque difficulté d'appréciation. Comme tel, il suppose dans le chef du prestataire d'hébergement une compétence juridique qu'il n'a pas et ne doit pas avoir. Or, on le somme pratiquement de se substituer au juge dans l'appréciation des contenus qui lui sont renseignés comme illicites. Il est piquant de constater qu'en prétendant manifestement lui épargner un rôle de censeur, le législateur européen n'a pas réussi à éviter de l'ériger en juge¹⁵. Deux exemples peuvent suffire à illustrer la difficulté.

Supposons qu'un prestataire soit informé du fait qu'il héberge un site contenant des textes ou des images portant atteinte aux droits d'auteur du plaignant. Interpellé, l'éditeur du site fait valoir que les œuvres litigieuses sont évoquées dans le cadre du droit de citation. Si le juge saisi de l'affaire décide que la reproduction excédait effectivement les limites du droit de citation, la responsabilité du prestataire d'hébergement doit-elle être mise en cause au motif qu'il aurait eu tort de continuer d'héberger le site? On pourrait multiplier des exemples similaires¹⁶. Ainsi, l'attention d'un serveur peut être attirée sur la circonstance

qu'il héberge des informations à caractère diffamatoire. Peut-il être reproché au serveur de s'être abstenu de les supprimer alors qu'il a pu estimer qu'elles ressortissaient à la liberté d'expression, qui inclut, dans une certaine mesure, un droit de critique, de polémique, etc.¹⁷? Il faut remarquer combien la position du fournisseur d'hébergement peut être inconfortable : il peut lui être reproché par des tiers de ne pas avoir supprimé des informations litigieuses afin de limiter l'atteinte à leurs droits, mais il peut aussi lui être reproché par ses clients d'avoir effacé à tort des informations parfaitement licites. Il doit agir vite, au risque d'engager sa responsabilité extracontractuelle envers les tiers lésés, sans agir trop vite, au risque d'engager sa responsabilité contractuelle envers ses clients.

À notre avis, il eut été préférable de distinguer les infractions *flagrantes* (ou *manifestement illicites* : images pédophiles, contrefaçon évidente, violation indiscutable d'un secret, propos incontestablement outrageants...), d'une part, et ce qui peut prêter à controver-

se ou à discussion, d'autre part. Ainsi, la responsabilité du fournisseur d'hébergement ne serait retenue qu'à la triple condition qu'il ait eu connaissance de la présence sur son serveur d'un contenu litigieux, que ce dernier ait été manifestement illicite et qu'il ait fait preuve d'inertie¹⁸. Tel est le cas, par exemple, d'un site à contenu révisionniste, qui est de toute évidence en défaut par rapport à la loi¹⁹. Une autre issue satisfaisante – et qui s'imposera vraisemblablement – serait d'interpréter le texte de l'article 14 de façon raisonnable. Concrètement, on considérerait qu'il ne prescrit pas au prestataire d'hébergement d'intervenir de façon mécanique – en procédant nécessairement et sans délai à la fermeture ou au blocage du site renseigné comme illicite –, mais lui enjoint de faire toutes diligences pour préserver les droits des tiers dans une mesure proportionnelle à la gravité de l'atteinte²⁰. Mais alors, on rejoint l'économie générale des solutions généralement retenues par la jurisprudence qui s'est élaborée ces dernières années sur le fondement des principes de droit commun.

2.3. L'activité de stockage sous forme de «cache»

L'article 13 concerne le stockage temporaire des copies de sites et services souvent consultés sur des serveurs relais mis en place par les fournisseurs d'accès. Cette technique, dite de «cache», permet d'améliorer les

temps de connexion à des sites éloignés, et ainsi de désengorger les réseaux et accroître leurs performances. Le prestataire est exonéré pour ce type d'activité, «à condition que : – il ne modifie pas l'information,

15. L'accord de collaboration intervenu au niveau belge, le 28 mai 1999, entre l'ISPA (Internet Service Provider Association) et les ministres de la justice et des télécommunications semble apporter une réponse aux difficultés signalées au texte. L'accord est fondé sur le principe selon lequel toute personne peut dénoncer directement à un «point de contrôle central» un contenu qu'il estime illicite. Le point de contact opère un tri et un dossier est transmis au parquet si le contenu dénoncé apparaît manifestement illicite. Las ! Le problème demeure à peu près entier dès lors qu'il appartient à un service de la police judiciaire d'apprécier si un contenu est présumé illicite ou non. Avec E. WÉRY (www.droit-technologie.org), on se demande si un contenu peut être présumé illicite en l'absence de décision judiciaire ou, à tout le moins, d'une appréciation formulée par un juriste spécialisé dans le domaine de la soi-disant atteinte aux droits des tiers. N'aurait-il pas été possible, et plus opportun, d'instituer une cellule composée de magistrats pour connaître des dénonciations?
16. Voir, par exemple, en jurisprudence belge, le jugement rendu par le tribunal de commerce de Bruxelles le 2 novembre 1999 dans une affaire opposant l'ASBL IFPI et la SA Polygram à la SA Belgacom Skynet. Il est reproché au défendeur de ne pas avoir supprimé les liens établis à partir de deux sites hébergés par ses soins vers des sites contenant des fichiers MP 3, alors qu'il «a été mis au courant d'activités suspectes». On s'interroge sur le bien-fondé de cette décision, dès lors que le défendeur ne pouvait être certain que le contenu du site lié était effectivement illicite. En ce sens, voy. le commentaire de Sophie MALENGREAU à l'adresse (<http://www.droit-technologie.org>) (décision reproduite dans son intégralité).

17. Pour un exemple en jurisprudence belge, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, inédit (propos injurieux, diffamatoires et calomnieux se référant à un homme politique et tenus dans le cadre d'un groupe de discussion hébergé par le second défendeur). Cette ordonnance illustre la difficulté d'appréciation pour le juge des rétorsions, qui doit se borner à juger de l'apparence des droits, par une mise en balance des intérêts en présence, sans se prononcer définitivement sur le fond. On imagine a fortiori l'embarras d'un prestataire d'hébergement qui adressées.
18. Rapp. V. SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, 1997, p. 120.
19. Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, M.B., 30 mars 1995, p. 7996. Une législation similaire existe aussi, notamment, en France, en Allemagne, en Autriche et en Suisse.
20. Rapp. N. MALLET-POUJOL, note sous Paris, 10 février 1999, op. cit., p. 392. On s'avise que la décision à prendre peut présenter, dans certains cas, une réelle difficulté d'appréciation.

- il se conforme aux conditions d'accès à l'information,
- il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises,
- il n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et
- il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribu-

nal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible».

Les observations formulées au point précédent peuvent être reprises, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la limitation de responsabilité prévue par l'article 13 pour l'activité de stockage sous forme de cache. L'exonération est acquise pourvu que le prestataire s'en tienne strictement à son rôle et agisse promptement pour supprimer l'information ou bloquer l'accès à celle-ci dès que pareille mesure lui a été ordonnée par un tribunal ou une autorité administrative ou qu'il a une connaissance effective du caractère illicite de l'information, sans préjudice des devoirs imposés sur pied de l'article 13, 2.

2.4. Zones d'ombre

Il eut été souhaitable d'apporter quelques précisions supplémentaires, sous peine de manquer l'objectif de convergence recherché. Dans l'état actuel du texte, la marge d'appréciation laissée aux législateurs et juges nationaux est immense : s'agissant des prestataires d'hébergement ou de service de stockage sous forme de « cache », quelles sont, précisément, les actions et diligences attendues ? Quel est le seuil de connaissance requis : pour considérer que le prestataire savait (et devait donc agir, sous peine d'engager sa responsabilité) suffira-t-il d'une simple dénonciation anonyme (auprès du prestataire et du Parquet, par exemple) ou d'une information à caractère public (telle une mention dans la presse), ou faudra-t-il une réclamation plus formelle ?

Une autre zone d'ombre concerne la charge de la preuve. Qui doit établir que sont réunies les conditions de l'exonération des prestataires intermédiaires ? On peut soutenir que l'exoné-

ration pour les activités concernées est de principe et qu'il incombe dès lors au demandeur en justice d'administrer la preuve qu'une des conditions fait défaut. Par exemple, il aurait à prouver que le prestataire d'hébergement n'ignorait pas la présence sur ses machines d'un contenu litigieux et n'a rien fait pour le retirer ou rendre l'accès à celui-ci impossible. Mais, on peut très bien raisonner à l'inverse et tenir que c'est au prestataire à démontrer qu'il satisfait aux conditions lui permettant de bénéficier d'un régime de faveur. Le dilemme est le suivant : « exonération de principe, sauf au demandeur à prouver que les conditions ne sont pas satisfaites » ou « exonération de principe à condition, pour le prestataire, de prouver qu'il remplit les conditions ». On ne trouve nulle part trace d'un commencement de réponse à cette question, capitale s'il en est.

Sans prendre parti sur le bien-fondé de la solution, nous sommes

portés à penser, pour notre part, que la première thèse est plus conforme à la volonté (probable) du législateur européen et plus satisfaisante sur le plan de la technique juridique. Cette opinion s'appuie sur deux arguments. Le premier est tiré du libellé des articles 12 à 14 : telles que rédigées, ces dispositions semblent consacrer une « irresponsabilité, sauf si... », plutôt qu'une « responsabilité, sauf si... ». Le second argument est d'ordre technique : la thèse retenue fait peser sur la victime la charge de prouver que l'opérateur de réseau ou le fournisseur d'accès était à l'origine des informations transmises ou les a modifiées, ou encore que le prestataire d'hébergement savait qu'il hébergeait un contenu illicite. En toute hypothèse, cette

preuve « positive » ne paraît pas insurmontable. Ainsi, le plaignant établira assez facilement que l'hébergeur savait car il avait formellement notifié à ce dernier la présence sur son serveur du contenu litigieux. Bien entendu, il aura pris soin de se ménager une preuve de son intervention (constat d'huissier...). Par contre, en privilégiant la seconde thèse, on place le prestataire en situation de devoir administrer une preuve négative : il ne savait pas, il n'a pas modifié l'information transportée..., ce qui n'est jamais une solution heureuse en droit de la preuve. L'idéal serait évidemment que cette question cruciale soit tranchée dans la mouture définitive de la directive européenne.

Relecture de quelques décisions à la lumière du dispositif nouveau

Afin de prendre la mesure des solutions consacrées par la section 4 de la proposition de directive, il nous est apparu intéressant de commenter librement quelques décisions de jurisprudence en les confrontant aux nouvelles règles instituées. On s'attache surtout à mettre à jour, dans divers cas d'espèce, les raisonnements tenus

par le juge, aux fins d'évaluer si ceux-ci demeurent tenables à l'aune du dispositif nouveau. Dans cette optique, rien n'empêchait de sélectionner des décisions significatives rendues dans un nombre restreint d'États membres de l'Union européenne, voire d'en emprunter en dehors de cette dernière.

3.1. Cubby v. CompuServe

Aux États-Unis, dans l'affaire, souvent citée, *Cubby v. CompuServe*²¹, le réseau CompuServe était poursuivi comme codéfendeur dans une action en diffamation pour avoir donné accès à des informations diffamatoires contenues dans une lettre d'information électronique publiée par un abonné du réseau. La responsabilité de

CompuServe n'a pas été retenue au motif qu'il ne pouvait avoir connaissance du caractère dommageable de l'information transmise. La décision précise toutefois que, dès l'instant où le fournisseur d'accès acquiert connaissance du caractère dommageable d'informations qui y sont véhiculées, il lui incombe de faire le néces-

21. *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

saire pour qu'elles soient retirées. Ainsi, selon cette jurisprudence, il n'est pas exclu de mettre en cause la responsabilité du fournisseur d'accès en cas de passivité ou pour n'avoir pas sur-

3.2. Stratton Oakmont v. Prodigy

Dans cette affaire, également bien connue, la responsabilité de Prodigy a été retenue au motif que ce fournisseur d'accès réalisait un contrôle éditorial et spécifiait que ses publications « à destination des familles » étaient « nettoyées » de tout matériel outrageant²².

Il nous semble que ce genre de raisonnement demeure possible. En effet, les contrats passés entre certains acteurs de l'Internet peuvent parfaitement contenir des engagements supplémentaires par rapport au minimum imposé par les textes. Ainsi, rien n'empêche un prestataire d'accès ou d'hébergement de s'engager vis-à-vis de ses clients à interdire l'accès à des sites ou à effectuer certains contrôles sur les contenus, à mettre en place des dispositifs de filtrage, etc. En pareils cas, les prestataires intermédiaires concernés assument volontairement un niveau plus élevé de responsabilité, laquelle pourra être mise en cause, en principe dans un cadre contractuel, par un abonné au service. Cette éventualité ne nous paraît pas battue en brèche par les nouvelles dispositions de la section 4. Si besoin est, un argument peut être tiré de la circonstance que les exonérations valent pour des activités déterminées ; par conséquent, on considérera qu'*in casu* le prestataire d'un service d'accès ou d'héberge-

ment des abonnés apparemment suspects (déjà condamnés). On s'avise que pareil critère est incompatible avec le régime consacré par l'article 15 de la proposition de directive.

ment s'engage, en sus de sa mission technique, à fournir des services supplémentaires pour lesquels aucune limitation légale de responsabilité n'est prévue. Cette solution pourrait apparaître surréaliste si elle était mal analysée. En effet, on comprendrait mal qu'une responsabilité accrue pèse sur un prestataire au motif que, de fait, il opère certains contrôles des contenus. Il s'agirait là d'une sanction de la diligence et, à bref délai, d'une prime à l'insouciance et à la passivité. Par contre, on conçoit de sanctionner plus sévèrement celui qui s'engage, contractuellement, vis-à-vis de ses abonnés, à installer des filtres et effectuer des contrôles... de manière à fournir une qualité de contenu à destination d'un public particulier (mineurs, familles...). Dans ce cas, le prestataire choisit délibérément de ne pas s'en tenir à sa fonction de simple intermédiaire technique, mais de s'engager sur le contenu à dessein d'attirer un type de clientèle. Tout se passe alors comme s'il assumait un rôle comparable à celui d'éditeur. Aussi est-il logique de le tenir pour responsable, sur le fondement du droit commun, dès l'instant où il déçoit, à cet égard, les attentes ou anticipations légitimes de ses abonnés. Cette responsabilité est le juste corollaire du profit qu'il retire de sa stratégie commerciale.

3.3. Estelle L. c/Lacambre

L'affaire *Estelle L. c/Lacambre* a donné lieu à deux décisions remarquées, en première instance et en degré d'appel. Les faits de la cause ont été largement relayés par la presse. Le mannequin Estelle Hallyday reprochait à un prestataire d'hébergement d'abriter sur son serveur un site reproduisant des photographies la représentant dans son plus simple appareil. S'estimant victime d'une atteinte à son droit à l'image et à l'intimité de sa vie privée, elle saisit le juge des référés du T.G.I. de Paris qui, par une ordonnance du 9 juin 1998, renvoya l'affaire au fond, en ordonnant au prestataire, sous astreinte de 100 000 FF par jour, de mettre en œuvre les moyens pour faire cesser la diffusion des photos litigieuses. Le Président du tribunal a considéré ceci : « S'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur du réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge et en conséquence de prendre le cas échéant les mesures de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers (...). Pour pouvoir s'exonérer de sa responsabilité, il devra donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter le droit de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marque, de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au besoin par des sondages, et diligences qu'il aura accomplies dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte »²³.

Par arrêt du 10 février 1999, la Cour d'appel a infirmé l'ordonnance en ce qui concerne les mesures d'interdictions car « au moment de la saisine du juge, les photographies litigieuses n'étaient plus accessibles et avaient été retirées du site » (il n'y avait donc plus matière à référé de ce chef)²⁴. Elle a également réformé l'ordonnance en ce qui concerne le rejet de l'indemnité provisionnelle demandée au motif que : « En offrant, comme en l'espèce, d'héberger et en hébergeant de façon anonyme, sur le site 'altern. org' qu'il a créé et qu'il gère, toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de public, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, Valentin Lacambre excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique (...) ».

La mise en parallèle de l'article 14 et de ces décisions permet de dégager un double enseignement.

On relève, tout d'abord, que le premier juge fait peser sur le prestataire d'hébergement des obligations de trois ordres : 1° devoir de conseiller ses

23. T.G.I. Paris (réf.), 9 juin 1998, D.I.T., 1999/2, p. 49, note M.-E. BICHON LEFEUVRE ; J.C.P., E, 1998, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC.

24. Paris (14^e ch.), 10 février 1999, J.C.P., E, 1999, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC ; J.C.P., G, 1999, II, 10101, note F. OLIVIER et E. BARBRY ; D., 1999, p. 389, note N. MALLET-POUJOL ; D.I.T., 1999/2, p. 49, note M.-E. BICHON LEFEUVRE.

22. *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995), *The Computer Law Association Bull.*, 1995, vol. 10, n° 4, pp. 18-19.

clients sur leurs propres obligations, 2° devoir d'opérer des contrôles, au besoin par des coups de sonde, 3° devoir de faire diligence, dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers, pour faire cesser cette atteinte. Selon le Président du tribunal, pour pouvoir être exonéré de sa responsabilité, le prestataire est tenu de justifier du respect de ces obligations. En principe, sous réserve de la troisième condition, cette rigueur n'est plus de mise sous l'empire des nouvelles dispositions. Qu'il nous soit néanmoins permis, à ce propos, de renvoyer le lecteur à nos précédents commentaires relatifs aux difficultés d'interprétation du considérant n° 48 (*supra*, 2.2).

Par ailleurs, l'anonymat, sous le couvert duquel agissait l'éditeur du site litigieux, est une des clés de lecture de ces décisions. L'arrêt de la Cour d'appel permet plus particulièrement de comprendre combien cette circonstance a pesé dans l'appréciation, sévère, des magistrats. On peut regretter une possible interprétation erronée des faits et circonstances de la cause, ainsi qu'un raisonnement inspiré par la théorie du risque²⁵. Sous cette double réserve, la solution, en soi, ne paraît pas dénuée de fondement. En effet, en acceptant d'héberger des sites anonymes, le prestataire prend le risque de

couvrir, *volens nolens*, des internautes malhonnêtes. Comment nier qu'il se rend complice des activités illicites tant est grande l'éventualité que l'anonymat puisse servir à cacher quelque turpitude ? Pour échapper à sa responsabilité, il lui suffit de fournir aux autorités judiciaires l'identité du propriétaire du site incriminé (rapp. art. 15, 2). À défaut d'obtempérer, il n'est pas incongru d'estimer qu'il participe en quelque sorte à la faute de l'éditeur de contenu, et qu'à ce titre, sa responsabilité puisse être retenue. Une solution différente serait un encouragement au développement d'activités illicites sous le couvert de l'anonymat.

Un raisonnement similaire est-il encore possible sous l'empire de l'article 14 ? Nous pensons pouvoir répondre affirmativement. En effet, l'exonération de responsabilité pour l'activité d'hébergement vaut seulement si le prestataire s'en tient strictement à ce rôle. En choisissant d'abriter des sites anonymes, on peut penser qu'il excède le rôle technique de fourniture d'un service de stockage d'informations. Le prestataire entre dans une logique de production ou d'édition de contenu. Dès lors, sur le plan de sa responsabilité, on change aussi de logique juridique : il ne peut bénéficier de l'exonération prévue à l'article 14 et se trouve soumis au droit commun.

3.4. Affaire Lacoste

Le jugement prononcé dans l'affaire Lacoste du T.G.I. de Nanterre du 8 décembre 1999 mérite d'être mis en rapport avec le considérant n° 48²⁶. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire

Halliday. L'ex-mannequin Lynda Lacoste a découvert, elle aussi, sur plusieurs sites hébergés par diverses sociétés, des photographies la représentant totalement ou partiellement dénudée.

Faisant valoir qu'elle n'avait jamais donné son consentement à la diffusion de ces photographies et qu'il était porté atteinte à son droit à l'image, elle a assigné quatre sociétés en responsabilité civile, en demandant, sous astreinte, que chacune d'elles : 1° retire des sites qu'elles hébergent ou créent les photographies litigieuses, 2° soit sommée d'insérer sur les sites un communiqué judiciaire annonçant la décision à intervenir, et 3° soit condamnée à verser des dommages et intérêts.

Dans son jugement, joliment motivé, le tribunal souligne qu'en « l'absence de régulation étatique (...), la responsabilité de l'hébergeur doit être recherchée par référence au droit commun défini par l'article 1383 du Code civil ». Il s'ensuit que « le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence » et qu'à ce titre, « il lui appartient de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits des tiers et de mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action ». À propos de ce devoir de diligence, le tribunal considère qu'« il n'appartient pas au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites, [mais] qu'il doit prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent, cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur ». Estimant à cet égard qu'« un système de détection peut facilement être réalisé sur un plan technique par la mise en œuvre sur chaque serveur d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés adaptables à chaque situation concrète », le tribunal

considère qu'à défaut d'avoir mis en place pareille procédure, « les sociétés défenderesses ont manqué à leur obligation de prudence et de diligence dans un domaine que l'actualité signalait particulièrement à leur vigilance et qui appelait de leur part une réaction ».

Si cette décision peut être globalement approuvée, nous sommes néanmoins réservés en ce qui concerne l'obligation relative à la mise en œuvre d'un moteur de recherche. Les États membres pourront-ils, demain, exiger des prestataires d'hébergement qu'ils se conforment à une obligation de ce genre ? On peut penser que l'objet du considérant n° 48 est précisément de viser une telle hypothèse. Nous avons déjà fait état de notre perplexité à l'égard de cette éventualité, qui semble mettre à mal le principe de responsabilité limitée consacré par l'article 14.

Comme nous l'avons souligné plus haut, en présence d'un contenu illicite non détecté, il est à craindre que les juges soient tentés de « présumer » une faute dans le chef du prestataire : mise en place d'un moteur de recherche peu performant, sélection contestable des mots clés... En ce cas, la voie est ouverte vers une objectivation de la responsabilité par l'effet d'une multiplication des standards objectifs de bon comportement. En effet, le moindre écart par rapport à l'une ou l'autre des obligations de diligence, à contenu déterminé, imposées aux hébergeurs pourrait être naturellement érigé en faute et engager la responsabilité de ces derniers. Cette conjecture peut s'autoriser d'un phénomène largement observé dans la jurisprudence relative à la responsabilité civile de ces dernières décennies²⁷.

25. Pour la Cour, l'hébergeur « doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte (...) les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibéré, entrepris d'exercer ». Cet attendu est significatif d'une responsabilité fondée apparemment, non sur la faute, mais sur le risque de l'activité entreprise.

26. La décision est disponible sur le site de Juriscom (www.juriscom.net). Comp. Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, disponible à l'adresse (www.journaldunet.com) (le tribunal a débouté les demandeurs en considérant que l'hébergeur n'a aucune maîtrise sur le contenu des informations).

27. A cet égard, parmi une bibliographie abondante, voy. J. GHESTIN, « Les principes fondamentaux de la responsabilité à l'épreuve du droit communautaire », in N. FRASELLE (éd.), *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Bruxelles, Academia Bruylant, 1992, pp. 28-41 ; Y. LAMBERT-FAVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, pp. 1-19.

3.5. Easy Computing c/Ad Valvas

Profitant de la faculté offerte par le site Ad Valvas de placer gratuitement des petites annonces, un internaute a inséré une annonce proposant l'acquisition à bas prix de logiciels piratés au détriment de la société Easy Computing. Après avoir adressé une mise en demeure, non suivie d'effet, à la S.A. Ad Valvas, le titulaire des droits sur les logiciels contrefaits assigne en référé l'hébergeur et gestionnaire du site pour faire interdire toute annonce de ses logiciels via le site concerné. Le Président du tribunal saisi, après avoir constaté l'urgence et l'atteinte sérieuse aux droits du demandeur, interdit toute annonce relative aux logiciels de ce dernier, sous peine d'astreinte. Il est à noter que Ad Valvas avait connaissance des actes délictueux et avait la possibilité d'y mettre fin, mais n'a pas prétendu agir à cet effet²⁸.

En ce qui concerne cette affaire, on se borne à faire remarquer que ce genre de décision – qui s'ajoute à d'autres évoquées au cours de cette étude – restera parfaitement possible après l'adoption de la directive sur le commerce électronique. En effet, les règles (d'exonération) de responsabilité énoncées à la section 4 sont sans préjudice de toute action intentée au provisoire en vue de mettre un terme ou de prévenir une violation (considérant n° 45).

On peut penser, néanmoins, que le juge des référés tiendra implicitement compte des règles de fond établies par la proposition de directive, mais rien n'est moins sûr...

Réflexions finales

Les considérations formulées jusqu'ici se prêtent difficilement à une véritable conclusion. D'une part, le texte de la directive peut encore évoluer, sur des points de détail vraisemblablement, avant d'être définitivement adopté. D'autre part, le débat est loin d'être tout à fait clos dans la mesure, notamment, où, à l'heure de transposer la directive dans leur droit interne, les États membres devront prendre attitude sur une série d'options laissées à leur libre appréciation. Qu'il nous soit permis à cet égard de formuler d'ultimes remarques.

1° Le refus d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance et de recher-

che active d'indices d'activités illicites nous apparaît comme un bon principe. En plus d'être délicate, sinon pratiquement impossible, à mettre en œuvre techniquement, la solution inverse eut tôt fait de dégénérer vers des formes de responsabilité automatique, fondée sur une « faute objective »: la tendance eut été, naturellement, de déduire la faute de la supposée transgression de pareille obligation, transgression attestée par la simple découverte d'un contenu illicite. Il est à remarquer que ce principe n'empêchera pas les intermédiaires (on songe en particulier aux fournisseurs d'accès et prestataires d'hébergement) d'effectuer certains contrôles, comme ils l'ont toujours fait. Leur image de

marque est en jeu et tout porte à croire que, demain, ils continueront d'y être sensibles. Ces contrôles volontaires sont les bienvenus et répondent, du reste, à un vœu exprimé en ce sens dans la directive (considérant n° 40, *in fine*).

2° Les exonérations et limitations de responsabilité, prévues aux conditions examinées, pour certaines activités intermédiaires peuvent être approuvées seulement si les États membres prennent au sérieux l'invitation qui leur est faite d'instaurer des mécanismes efficaces de notification et de retrait destinés à faciliter la suppres-

sion rapide des contenus illicites sur les réseaux. Ils prévoient également des procédures permettant de conduire les « autorités nationales » (juridictions ou autorités administratives) à imposer des obligations de surveillance, temporaire et ciblée, dans des « cas spécifiques ».

3° Enfin, on souligne que le dispositif mis en place est sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation ou en référé. L'intérêt de ces procédures n'est plus à démontrer au vu de leur utilisation fréquente pour faire face au contentieux lié aux activités illicites sur les réseaux.

28. Civ. Courtrai (réf.), 10 septembre 1998, RG 98/275/C.